

Ausência de preclusão pela inércia da parte quando intimada para especificação de provas

Yeda Monteiro Athias*

Sumário: 1 Introdução. 2 Prazo para apresentação do rol de testemunhas no rito ordinário. 3 Preclusão da prova testemunhal pela juntada extemporânea do rol de testemunhas. 4 Admissibilidade de oitiva de testemunhas arroladas tempestivamente, ainda que não haja manifestação da parte quando intimada para especificação das provas. 5 Conclusão. 6 Referências bibliográficas.

Resumo

Este trabalho tem o objetivo de fazer um estudo sobre a ausência de preclusão pela inércia da parte quando intimada para especificação de provas no processo de conhecimento, pelo rito ordinário, visto que é costumeiro os advogados, na audiência de instrução e julgamento, insurgirem-se sobre a colheita da prova testemunhal. Para tanto, foram analisadas as normas legais que estabelecem o tema de pesquisa, de acordo com a doutrina, jurisprudência e precedentes dos Tribunais Superiores, utilizando-se as lições de hermenêutica, a fim de encontrar a solução harmônica com o ordenamento jurídico vigente, quanto à possibilidade de serem ouvidas as testemunhas, desde que arroladas tempestivamente.

Palavras-chave: Prova testemunhal. Procedimento ordinário. Prazo para arrolar testemunhas. Preclusão.

1 Introdução

O presente tema exsurtiu pelo fato de ser usual, na prática do processo de conhecimento, pelo procedimento ordinário, não somente o magistrado valer-se do despacho de especificação de provas, como também ser este utilizado em ato ordinatório pelas secretarias do juízo, sendo que nem sempre as partes se manifestam quando intimadas do referido despacho, o que leva à interpretação equivocada de preclusão da prova testemunhal em audiência.

Portanto, pretende-se discorrer sobre o prazo estabelecido no Código de Processo Civil para apresentação do rol de testemunhas, bem como sobre o instituto da preclusão quando as testemunhas forem arroladas extemporaneamente.

Após análise das normas que regulamentam o tema de pesquisa, de acordo com a doutrina, jurisprudência e precedentes dos Tribunais Superiores, serão utilizadas as lições de hermenêutica, a fim de se encontrar a

solução harmônica com o ordenamento jurídico quanto à possibilidade de oitiva das testemunhas arroladas no prazo estabelecido no art. 407 do Código de Processo, já que, no presente estudo, não se pretende analisar o prazo para apresentação do rol de testemunhas no procedimento sumário.

Este estudo é de grande valia para os operadores do direito, sobretudo para a correta compreensão quanto à possibilidade de oitiva das testemunhas arroladas tempestivamente no processo de conhecimento, pelo rito ordinário, ainda que ausente a manifestação da parte quando intimada para especificação das provas.

2 Prazo para apresentação do rol de testemunhas no rito ordinário

No processo, não se deve confundir o momento adequado para requerer a prova testemunhal com o prazo para apresentação do rol de testemunhas, visto que, em se tratando de procedimento ordinário, as partes, autor e réu, respectivamente, na peça inicial (CPC, art. 282, VI) e na contestação (CPC, art. 300), declaram as provas que pretendem produzir, para comprovação de suas alegações; enquanto o prazo para apresentação do rol de testemunhas se encontra estabelecido no art. 407 do Código de Processo Civil, verbis:

Art. 407. Incumbe às partes, no prazo que o juiz fixará ao designar a data da audiência, depositar em cartório o rol de testemunhas, precisando-lhes o nome, profissão, residência e o local do trabalho; omitindo-se o juiz, o rol será apresentado até 10 dias antes da audiência.

Como se vê, a parte deverá apresentar o rol de testemunhas no prazo assinado pelo juiz no despacho que designar a audiência de instrução e julgamento, sendo certo que, na ausência de prazo fixado pelo juiz, o rol de testemunhas deve ser apresentado no prazo legal de até 10 (dez) dias antes da audiência, sob pena de preclusão, visto que o prazo do art. 407 do CPC é preclusivo.

Sobre o assunto, assim decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:¹

Processual civil. Rol de testemunhas. Prazo. Fixação judicial. Descumprimento. Preclusão. - Sob pena de preclusão, cabe à parte apresentar o rol de testemunhas no prazo fixado pelo juiz, quando da marcação da audiência de instrução e julgamento. Apenas se o despacho designativo for silente a respeito é que passa a ser observado o prazo de 10 (dez) dias fixado no artigo 407 do Código de Processo Civil. Recurso não conhecido

No que concerne à contagem do prazo legal (CPC, art. 407) de até 10 (dez) dias antes da audiência, convém observar que se conta regressivamente, conforme

* Juíza de Direito da 24ª Vara Cível de Belo Horizonte

¹ REsp 828.373, Rel. Min. Castro Filho, j. em 17.08.2006.

o art. 184 do CPC, iniciando-se a partir da data da audiência, com exclusão deste dia e inclusão do dia do vencimento, antecipando-se a entrega do rol quando a contagem encerrar em dia não útil, sendo certo que o referido prazo para apresentação do rol de testemunhas deve ser observado pela parte, ainda que as testemunhas compareçam à audiência, independentemente de intimação.

É oportuno observar que a imposição de prévia apresentação do rol de testemunhas tem por escopo não só possibilitar à parte elaborar seu questionamento, como também investigar as pessoas arroladas, a fim de tornar possível eventual contradita da testemunha pela parte contrária, haja vista que, o rol de testemunhas deverá conter a identificação precisa da pessoa que prestará depoimento como testemunha, com nome, profissão, residência e local de trabalho.

Sobre o tema, nada melhor do que transcrever a lição do Prof. Humberto Theodoro Junior:²

Esse prazo é estabelecido pelo Código em benefício da parte contrária, a fim de que possa conhecer com a necessária antecedência a idoneidade da prova que contra si vai ser produzida.

No mesmo sentido, é o ensinamento do Prof. Ernane Fidelis dos Santos:³

A finalidade da apresentação do rol de testemunhas antecipadamente é dar oportunidade à parte contrária de examinar a prova. Se a audiência for adiada, o prazo se reabre, porque tal fim não fica frustrado.

Há que se observar que ainda remanesce a controvérsia quanto à possibilidade de apresentação do rol de testemunhas se adiada a audiência de instrução e julgamento, pois, para alguns, ainda que haja o adiamento da audiência de instrução e julgamento e a parte não apresente o rol de testemunhas para a audiência que foi adiada, não lhe cabe alegar o direito de depositar o rol, por não se admitir a apresentação do rol de testemunhas fora do prazo do art. 407 do CPC, que é preclusivo e peremptório, não se prorrogando em razão de suspensão ou adiamento da audiência, conforme foi decidido, por maioria, pela Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no Mandado de Segurança⁴ impetrado contra o ato do Desembargador Relator no Agravo de Instrumento nº 1.0024.04.444046-9/001.

Enquanto outros, com base nos ensinamentos dos Professores Humberto Theodoro Junior e Ernani Fidelis dos Santos, sustentam que, se o prazo para arrolar

testemunhas é em benefício da parte contrária, para ter ciência dos nomes e qualificação das pessoas que irão depor e possibilitar eventual contradita e se, no prazo da nova audiência designada, for apresentado o rol de testemunhas, além de não haver prejuízo à parte contrária, não se verifica nenhuma restrição no art. 407 do CPC quanto à possibilidade de produção da prova testemunhal, por não ter sido iniciada a instrução.

Nesse ponto, foi o posicionamento da 4ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça:⁵

Recurso especial. Apresentação do rol de testemunhas (art. 407 do CPC). Audiência de instrução e julgamento adiada. Preclusão. Não ocorrência. Garantia do contraditório assegurada. Recurso conhecido e provido. - 1. Possui o artigo 407 do CPC dupla finalidade: uma, meramente operacional, qual a de garantir antecedência suficiente para permitir a intimação, em tempo hábil, das testemunhas; e outra, mais importante, de assegurar à parte contrária a prévia ciência de quais pessoas que irão depor. 2. No caso em testilha, houve o adiamento da audiência, sem que houvesse o início da instrução, visto que dois dos requeridos não haviam sido intimados a tempo para o ato processual; parece claro que, em tal situação, não se vulnerou qualquer das garantias objetivadas pela norma; por isso, não se afigura correto haver como preclusa a faculdade, como entendeu o Tribunal a quo. 3. Recurso especial conhecido e provido.

Ainda no que concerne ao adiamento da audiência, sem que a parte tenha arrolado as testemunhas no prazo da audiência adiada, é oportuno anotar que a exigência do prazo do art. 407 do CPC advém da necessidade de a parte ter os elementos indispensáveis para identificar as pessoas arroladas como testemunhas, a fim de possibilitar eventual contradita de testemunha. Logo, se a audiência não se realizar na data marcada e sequer for iniciada a instrução, pelo princípio da instrumentalidade das formas, nada obsta à parte arrolar e até mesmo substituir as testemunhas, observado o prazo estabelecido no caput do art. 407 do CPC, contado regressivamente da data da nova audiência, bem como o parágrafo único do art. 407, no que se refere ao número de testemunhas para a prova do fato, por não prejudicar a parte contrária e não criar nenhum obstáculo ao regular andamento do processo, conforme vem entendendo os Tribunais Superiores.

3 Preclusão da prova testemunhal pela juntada extemporânea do rol de testemunhas

Sobre o fenômeno da preclusão e sua essência, o Prof. Humberto Theodoro Junior,⁶ citando Chiovenda, assim preleciona:

² *Curso de direito processual civil*. 48. ed. Forense: Rio de Janeiro: 2008, v. 1, p. 536.

³ *Manual de direito processual civil*. 10. ed. Saraiva, São Paulo: 2007, v. I, p. 499.

⁴ Mandado de Segurança nº 1.0000.08.472657-9/000, Rel. Des. Duarte de Paula, j. em 22.09.2010.

⁵ REsp 209.456/MG, Rel. Min. Helio Quaglia Barbosa, j. em 27.08.2007.

⁶ *Curso de direito processual civil*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, p. 609.

A essência da preclusão para Chiovenda vem a ser a *perda*, a *extinção* ou *consumação* de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício (grifei).

Em outras palavras, a preclusão é “um dos efeitos da inércia da parte, acarretando a perda da faculdade de praticar o ato processual”.⁷

É pacífico na doutrina e jurisprudência que o prazo do art. 407 do Código de Processo Civil é preclusivo. Logo, somente não se admitirá a oitiva das testemunhas quando arroladas extemporaneamente, isto é, quando inobservado o referido dispositivo legal que estabelece o prazo de 10 (dez) dias antes da audiência para apresentação do rol de testemunhas, quando não fixado outro prazo pelo juiz na ocasião em que proferiu o despacho designando audiência de instrução e julgamento.

4 Admissibilidade de oitiva de testemunhas arroladas tempestivamente, ainda que não haja manifestação da parte quando intimada para especificação das provas

A princípio, convém observar que o despacho ou ato ordinatório de “especificação de provas” não está previsto na legislação processual vigente, com exceção da revelia (CPC, art. 324), sendo praxe usual adotada, com amparo no Código de Processo Civil de 1939.

Sobre o tema, Alexandre Freitas Câmara⁸ discorre que:

É praxe no procedimento ordinário, após o oferecimento da réplica, determine o juiz às partes que especifiquem as provas que pretendem produzir. Tal costume está intimamente ligado a um dos vícios dos advogados, que nas petições iniciais e nas contestações raramente especificam as provas que pretendem produzir, preferindo apresentar um genérico ‘protesto’ pela produção de todos os meios de prova admissíveis. A ausência de especificação de provas na petição inicial e na contestação leva os juízes a determinar que tal especificação se faça após o oferecimento da réplica.

Portanto, a hipótese de a parte não se manifestar sobre a produção de provas, quando intimada no curso do processo, não significa dizer que desistiu das provas requeridas oportunamente, seja na inicial, pelo autor (CPC, art. 282, VI), seja na contestação, pelo réu (CPC, art. 300). Logo, é forçoso reconhecer que não ocorre a preclusão pela inércia da parte diante do despacho que determinou a especificação de provas, desde que seja apresentado o rol de testemunhas no prazo estabelecido no art. 407 do Código de Processo Civil.

Com efeito, de acordo com a sistemática processual vigente, basta o requerimento de produção de provas na petição inicial (CPC, art. 282, VI) e na contestação (CPC, art. 300), inadmitindo-se o reconhecimento da preclusão quando as partes deixarem de se manifestar sobre o despacho para “especificação de provas”, visto que, além de o referido despacho e/ou ato ordinatório não constar em nosso ordenamento jurídico, não gera qualquer efeito, conforme vem decidindo o nosso Tribunal de Justiça, *verbis*:

Ação de cobrança. Requerimento de provas. Inicial. Momento adequado. Despacho de especificação de provas. Silêncio do autor. Irrelevância. Preclusão. Inocorrência. Falta de manifestação do magistrado. Sentença cassada. - Segundo determina o Código de Processo Civil (artigo 282, VI), as provas com que o autor pretende demonstrar a veracidade dos fatos devem ser indicadas na petição inicial. Portanto, o Juiz deve se manifestar sobre o requerimento expresso de provas formulado na inaugural, independentemente do silêncio da parte frente ao despacho que determinou a especificação de provas, não se operando a preclusão. Deixando o Magistrado de se pronunciar sobre tal pedido, a cassação da sentença é medida que se impõe.⁹

Agravo de instrumento. Ação ordinária. Produção de prova testemunhal. Momento oportuno de especificação. Silêncio da parte. Designação audiência de instrução e julgamento. Possibilidade de ambas as partes arrolarem testemunhas. Princípio do contraditório e da ampla defesa. - Apesar de ter o agravante se mantido silente no momento oportuno de especificação de provas, o mesmo tem o direito de produzir prova testemunhal de seu interesse em audiência quando esta é designada pelo juiz, independentemente do seu requerimento, observado o disposto no art. 407 do CPC. Homenagem ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.¹⁰

Agravo de instrumento. Despacho que determina a especificação de provas. Silêncio da parte. Preclusão. Inocorrência. - De acordo com a sistemática processual civil pátria, a especificação de provas deve ser feita na petição inicial, a teor do artigo 282, VI, e na contestação (art. 300 do CPC). Qualquer oportunidade que se conceda às partes para indicar ou especificar provas não gera qualquer efeito, nem induz preclusão, não se aplicando os arts. 183 e 185, ambos do CPC.¹¹

Ação anulatória. Pedido de prova pericial formulado na inicial. Intimação para especificação de provas. Inércia do autor. Julgamento antecipado. Improcedência do pedido. Cerceamento de defesa. Petição inicial é o momento processual de indicação de provas. Despacho de especificação. Ausência de previsão legal. Inércia do autor que já indicou as provas na inicial não pode prejudicá-lo.¹²

⁷ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1987.

⁸ *Lições de direito processual civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, v. I, p. 349.

⁹ Apelação Cível nº 1.0702.04.171505-4/002, Rel. Des. Renato Martins Jacob, j. em 30.11.2006.

¹⁰ Agravo nº 1.0079.04.164693-0/001, Rel. Des. Wagner Wilson, j. em 08.03.2007.

¹¹ Apelação Cível nº 1.0702.07.391019-3/001, Rel. Des. Osmando Almeida, j. em 07.10.2006.

¹² Apelação Cível nº 1.0024.07.383488-9/002, Rel. Des. Brandão Teixeira, j. em 12.02.2008.

5 Conclusão

Diante do estudo realizado sobre o tema, outra não é a conclusão, senão a de admissibilidade de serem ouvidas as testemunhas, quando arroladas no prazo previsto no art. 407 do Código de Processo Civil, isto é, 10 (dez) dias antes da audiência de instrução e julgamento, quando não fixado outro prazo pelo juiz na ocasião do despacho que designou audiência de instrução e julgamento, ainda que haja inércia da parte quando intimada para especificação de provas, por ausência de preclusão, desde que haja o requerimento das provas oportunamente, seja na inicial, pelo autor (CPC, art. 282, VI), seja na contestação, pelo réu (CPC, art. 300).

6 Referências bibliográficas

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1987.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). *Vade mecum 800 em 1*. Franca: Editora Lemos & Cruz, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, v. I.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Podivm, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Dierle *et al.* *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Manual de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. IV.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 2 jun. 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Disponível em: <www.tjmg.jus.br> Acesso em: 2 jun. 2012.

...